

LA RELACIÓN DEL ARBITRAJE Y EL JUICIO DE AMPARO.

Wilfrido Castañón

Ante todo muchas gracias por la invitación que se me hizo para conversar con ustedes acerca de un tema de actualidad, consistente en *La relación del arbitraje y el Juicio de Amparo*. Este tema del arbitraje en México, ha despertado últimamente, una inquietud incesante en un grupo de profesionistas abogados postulantes, que han visto en la solución de conflictos jurisdiccionales mediante el arbitraje, un panorama total y plenamente diverso a la solución de las controversias mediante el procedimiento tradicional en la vía judicial.

Este tema me parece de trascendental importancia, ya que si analizamos nuestro Código de Comercio, advertiremos que el 22 de junio de 1993, se llevó a efecto una importante reforma en un capítulo completo de dicho Código, y si observamos la exposición de motivos de esa reforma, advertiremos que no contiene una exposición de la Cámara en México, sino que simple y sencillamente, se vacía en ese capítulo la llamada Ley Modelo, creada por un organismo de la ONU llamado UNCITRAL, que a su vez fue creado con el fin primordial de alentar la práctica a nivel internacional.

Cuando hablamos del arbitraje, pienso en él como una forma alterna de solución de controversias, por que desde mi punto de vista, el arbitraje está teniendo gran auge. Definitivamente tendríamos que concluir, que el arbitraje es una respuesta, llamémosle así, ante una negligencia del Poder Judicial, Esto se finca fundamentalmente, en que en México, lo digo con toda

la responsabilidad que conllevan mis palabras, la justicia ante el pueblo está en detrimento. Nuestro Pueblo en sí considerado, a veces no cree tanto en la justicia por mil problemas que han aquejado a la solución de las controversias. México cuenta con un sistema judicial que normalmente tarda en la solución de los problemas, mínimo de dos a tres meses por la vía judicial. De todos nosotros es sabido también, que esos procedimientos de carácter judicial pueden tener mil problemas en su trayecto, en su procedimiento, en el desahogo o en la formación del aspecto procesal, para culminar con un fallo favorable o desfavorable al propio actor.

Aunado a ello, está el grave problema que se piensa existe en México, sobre el manejo irregular de los asuntos. El comprar en un momento dado a las autoridades o pretender sentencias amañadas, ha provocado que se busque a nivel comercial, una solución alterna de controversias. Al comerciante le interesa solucionar su problema. Para él es más crítico el transcurso del tiempo que el resultado del asunto. Cuando se les presenta un grupo de personas con una forma alterna de solución de controversias, que en teoría se trata de un pacto de caballeros en el que priva el principio fundamental de la buena fe y voluntad expresa de las partes para llevar a cabo un proceso, mediante un compromiso arbitral, deciden someter su conflicto o su problema ante un árbitro o ante un grupo de árbitros. Esa intención de las partes y ese motivo de acrecentar en México el arbitraje, es una respuesta al procedimiento judicial lento y a todo lo que hemos venido comentando.

Algunos autores, entre ellos algunos miembros del Poder Judicial y yo, consideramos que en un momento dado reformar las leyes y crear un procedimiento de carácter sumario para componer esos procedimientos, y hacer los juicios más ágiles y expeditos, vendría a ser la solución a este tipo de conflictos, tanto internacionales como de carácter nacional. Alguien me dijo que eso era muy iluso, que la justicia siempre se debe buscar de una manera pronta y expedita, sin embargo eso es lo que nos falta en México. Solucionando ese problema, creo que el arbitraje puede pasar a un segundo término. En las condiciones en las que nos encontramos, definitivamente es mejor el procedimiento jurisdiccional, de ustedes conocido, que el arbitraje.

El arbitraje no es algo novedoso en México. Desde la Ley de las Siete Tablas en el Derecho Romano —algunos autores lo dan como un antecedente del nacimiento de la vía judicial—, se solucionaban los conflictos por medio de un tercero sin la intervención de carácter judicial. Esto quiere decir que la solución de controversias, fuera del procedimiento judicial, tuvo su origen desde hace mucho tiempo y, como consecuencia, tuvo problemas en la ejecución o en la forma de hacer sentir esas decisiones de carácter arbitrario. Hasta ahora ni el árbitro ni el arbitraje han tenido una vida autónoma, tanto en el curso del procedimiento arbitral como en su solución y su ejecución, ya que siempre se requiere la presencia del juez ordinario para el efecto de legalidad y, sobre todo, coercibilidad.

Por esa razón, para no quedar atrás con la teoría incipiente del arbitraje, sobre todo con el vecino país del norte en el que se tiene como esencia fundamental la intermediación judicial en todos sus procesos, es que se alienta en México la solución de controversias con procedimiento alterno de la vía judicial. Si advertimos en Estados Unidos un procedimiento de carácter judicial, veremos que funciona en un noventa o en un noventa y cinco por ciento.

La intermediación judicial allá no es optativa, es obligatoria. Hay que someterse precisamente a un procedimiento donde las partes puedan lograr finiquitar sus diferencias, no sólo en una, sino varias instancias en las que se busca que la solución no se vaya a un juicio largo y costoso. Ese noventa y cinco por ciento de los asuntos que se solucionan entre la intermediación judicial, tienen mucho éxito allá y no en México.

En nuestro país el procedimiento conciliatorio que conocemos en nuestro Código, se da cuando las partes están ya deterioradas, jurídicamente hablando, y cuando ya tienen un conflicto bastante enconado que difícilmente podrá encontrar una solución. Es por eso que quienes llevan un aspecto comercial, alentaron y han provocado en México, la solución de los problemas mediante el arbitraje. Extrajeron esa Ley Modelo y la insertaron en el Capítulo denominaron Título Cuarto del Arbitraje Comercial del artículo 1415 al artículo 1463.

Mi propósito no es venirles a dar un antecedente histórico ni explicarles el por qué del nacimiento de esta figura jurídica

ca en el mundo, sino hablar de la repercusión y el tratamiento de la misma en nuestro ámbito jurisdiccional. Creo que ustedes, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito, tenemos todavía un nivel de novato, en la solución de estos problemas y en el conocimiento inmediato de los procedimientos arbitrales.

Si analizamos dicho capítulo vamos a advertir que hay mucha injerencia de carácter judicial. Antes, durante el final y después del conflicto arbitral se requiere necesariamente la intervención de carácter judicial, con el fin de buscar siempre el acto imperativo de la autoridad. Esto nos aqueja a todos. Debemos empezar a pensar cómo manejar o de qué manera se podría dar auxilio a la justicia en el procedimiento arbitral.

Pienso, a diferencia de otros, que el procedimiento judicial viene a constituir una traba y una limitante al arbitraje. Creo además que el auxilio jurisdiccional es algo en garantía en auxilio del procedimiento del árbitro y del arbitraje. Si leemos en un contexto general todo este capítulo, creo que podemos desprender definitivamente, que el juzgador ordinario se convierte en un auxiliar del propio árbitro del procedimiento arbitral.

Mi propósito es plantear los tópicos o problemas que puede ocasionar la ejecución de un laudo, o el que se promueva la no ejecución o la nulidad del mismo ante los juzgados por ser materia mercantil concurrente, conforme al artículo Constitucional 104, Fracción I. Visto de esta manera, en el análisis de este capítulo, desprenderemos que por esencia, podemos definir intervenciones expresas del juez e intervenciones implícitas del propio juzgador durante la tramitación del arbitraje.

Me pongo a pensar sobre el día que nos pidan a un juez federal o a un juez ordinario, que nombremos un perito para un procedimiento arbitral y que fijemos el procedimiento que las partes deberán llevar a efecto para el nombramiento del mismo, me pregunto cómo lo vamos a tramitar, en qué juzgado, qué solicitud, qué expediente y qué expedientillo le vamos a designar, si le pondremos un número específico o cuál va a ser el procedimiento.

En realidad, no tengo experiencia de algún asunto en particular en el que hubiera una intervención de carácter judi-

cial en el procedimiento arbitral, aún cuando tenemos bastante jurisprudencia en la ejecución de los laudos. De eso vamos a comentar al final de esta charla, así como de la posible procedencia del Juicio de Amparo precisamente contra el laudo arbitral de carácter privado. Un tema que vengo a plantear exclusivamente, asentando definitivamente, que hay opiniones plenamente disímiles en cuanto a la procedencia del juicio constitucional.

Si analizamos el capítulo manifestado sobre el arbitraje comercial, advertiremos que hay facultades expresas e implícitas en el juzgador en el procedimiento arbitral. Por ejemplo, si analizamos el artículo 1424 del Código de Comercio, veremos una facultad expresa de intervención por parte del juez en el procedimiento arbitral.

Dicha facultad o dicho precepto lo voy a comentar más adelante, dado que tiene una problemática bastante interesante, para proponer una reforma.

Este precepto hace prevalecer el llamado compromiso arbitral por encima del procedimiento judicial y expresamente determina que cuando en un procedimiento ordinario el juez advierta, o una de las partes lo haga valer, o bien presente la existencia de un compromiso de carácter arbitral, inmediatamente el juzgador ordinario debe remitir a las partes al procedimiento arbitral, además señala que puede hacerse en cualquier momento.

Aquí vemos una facultad expresa del código y una importancia mayor arbitral por sobre del procedimiento judicial: en el momento en el que lo solicite, cualquiera de las partes, estando el juicio en cualquiera de sus fases, obviamente tendremos que concluir antes de sentencia y enviar a las partes al compromiso arbitral.

También tenemos que las medidas precautorias que se pueden decretar en un procedimiento arbitral, teniendo el juez ordinario una intervención definitiva, los jueces de Zacatecas, los jueces del Distrito Federal, pues tendrán que decidir conforme al Código de Comercio, cuando las partes o el propio árbitro pidan, la ejecución de una medida precautoria, por ejemplo, cuando se trata de embargo de bienes percederos en los que hay que su pronta venta. En este caso se tiene que autorizar

dicha medida, no obstante que exista un procedimiento arbitral por el juez ordinario.

Quiero llamar la atención de ustedes sobre un punto fundamental: parece ser que la intención actual es evitar al máximo posible la intervención del juez en el procedimiento arbitral. Si leemos a los académicos y las teorías que se escriben sobre el arbitraje, evidentemente notaremos un desdén absoluto a la intervención judicial.

En el propio código podemos advertir que las decisiones que emiten los jueces ordinarios en el procedimiento de apoyo al laudo arbitral, sólo hacen inatacables esas decisiones. El propio código dice "no procede ningún recurso contra la decisión de un juez que obliga no ejecutar un laudo, no procede ningún recurso contra la decisión que decreta la nulidad de un propio laudo". Esta intención que les estoy marcando, en este sentido, es precisamente el desdén de la justicia.

La gente no quiere que el juez intervenga, quiere que sea lo menos tardado posible, pero desgraciadamente nos necesitan, así expresamente se ha determinado. ¿Por qué? Porque el laudo por esencia, carece de ejecutividad y de imperio; no es la autoridad, si no el árbitro quien la emite. Dicen algunos árbitros que no conciben sometida su decisión en un laudo arbitral al análisis de un juez ordinario.

Es por eso que debemos empezar a pensar en estas decisiones. Por ejemplo cuando a un juez ordinario le piden que determine una medida precautoria que se acordó, expresamente, en un procedimiento arbitral, esa medida que decreta el juez ordinario definitivamente es inapelable en la vía ordinaria.

Sobre la procedencia del amparo en resoluciones arbitrales, tenemos que en la Suprema Corte de Justicia ya hay tesis que admiten la procedencia de Juicio de Amparo indirecto como un acto antes de juicio conforme a la fracción tercera del 114 de la Ley de Amparo. Sin embargo, debemos aplicar este mismo procedimiento cuando un árbitro nos pida el otorgamiento de una medida provisional y no la decretemos; entonces la parte que se ve perjudicada con esa determinación puede acudir a la vía constitucional indirecta, al Juicio de Amparo bi-instancial.

No hemos tenido ninguna solicitud de esa índole porque los laudos en 85 % de los casos los cumplen voluntariamente las

partes. Hay quienes afirman que el porcentaje llega hasta 90 %, y que sólo en un 10% se presenta conflicto jurisdiccional en el acatamiento del laudo.

Comento la procedencia del Juicio de Amparo en este tipo de actos. Cuando decretan una medida precautoria, a mi juicio sería procedente el juicio bi-instancial, así como otra intervención del juez ordinario en el procedimiento arbitral.

Se presenta la designación del llamado árbitro unitario cuando las partes en el procedimiento arbitral no se ponen de acuerdo. Las partes pueden acudir al juez para que éste designe al árbitro que debe conocer del procedimiento correspondiente, también tienen una intervención de carácter expreso tratándose de un tribunal arbitral.

En este procedimiento del tribunal arbitral, el propio código establece que cada una de las partes deben de designar el árbitro y que designen a un tercero cuando no se ponen de acuerdo en el nombramiento de un árbitro, de su propio árbitro o del tercero. Asimismo, pueden acudir a la vía judicial para que el juez designe al tercer árbitro.

Aquí surgen nuevamente dudas sobre el juez ordinario o de distrito que designa un árbitro en el procedimiento, o que lo designa en nombre de la otra parte, pues su decisión es inexpugnable en la vía ordinaria. La primera duda surge del análisis del capítulo del Código de Comercio. Definitivamente se advierte la insaciabilidad de esa determinación en la vía ordinaria, sin embargo, en la vía extraordinaria del Juicio de Amparo, es susceptible de impugnación.

Podríamos aplicar aquí el llamado Principio de la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, ya que no estamos en presencia de actos de imposible reparación. Por la simple designación de un árbitro tienen que esperar las partes que intervienen en un procedimiento arbitral, que se decida el procedimiento mediante la emisión de un laudo, y entonces poder hacer valer, como en el procedimiento ordinario, las violaciones procesales, cuando se den en la ejecución del propio laudo.

Nos tendremos que enfrentar con problemas gravísimos al considerar si hay violaciones procesales en el procedimiento arbitral no convenidas por las partes. Aquí también existe la posición de que podríamos considerar improcedente el Juicio

de Amparo cuando se pide la intervención del juez en la designación de los árbitros.

Otra facultad expresa que señala el Código está en el procedimiento para nombrar al árbitro, pues no sólo se trata de su designación, sino que además en el compromiso arbitral las partes convienen cuál va a ser el mecanismo a seguir para nombrar un árbitro, así como cuáles serán las características que ambas partes impondrán, con el fin específico de que una persona llamada árbitro llene los requisitos que se determinen. Cuando no se ponen de acuerdo en ese procedimiento, es cuando viene la intervención del juez ordinario, para que en sustitución de las partes fije las reglas para el nombramiento de un árbitro atendiendo su posible recusación; o bien, su intervención directa para que en el procedimiento ordinario se pueda dar un acto de incompetencia del árbitro.

Puede ser que las partes consideren que el procedimiento arbitral es indebido y que no debe estar sujeta la materia del arbitraje en el propio procedimiento arbitral, y que decidan promover en el derecho ordinario. Llamáramos a esto la excepción de incompetencia la cual definitivamente la va a decidir primero el propio árbitro; y contra la decisión éste que dice que sí es competente, las partes tienen la posibilidad de acudir al juez ordinario para pedir que decida, en consecuencia, contra la decisión del juez ordinario. Por ejemplo, que declarara incompetente el árbitro, que dijera que la materia no es de arbitraje, sino de un procedimiento judicial. ¿Qué ocurriría en este caso? ¿Procedería el amparo indirecto? ¿Estaríamos en presencia de un acto de imposible reparación? Recuerden que en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hay jurisprudencia expresa que dice que en el desechamiento de la excepción de incompetencia, no procede el Juicio de Amparo, con restricciones, porque hay casos específicos en que, por ejemplo el procedimiento federal, cuando el juez de distrito declara su incompetencia, no lo plantea ante otro juez, sino que deja a disposición de las partes su demanda, para que la tomen y la lleven ante el órgano competente. Incluso hay decisiones en las que se declaran incompetentes y devuelven los documentos justificativos de la acción. Contra esta decisión la Corte ha dicho que sí es procedente el Juicio de Amparo, pues se trata de un acto definitivo, y el amparo procedente es el directo.

Si llevamos esta tesis a dicho procedimiento recusatorio de incompetencia en el procedimiento arbitral, podríamos pensar que pone fin a ese juicio, aun cuando por otro lado se va a seguir la vía jurisdiccional.

Por tanto, ¿podríamos considerar esa decisión del juez de primera instancia —que declara procedente o improcedente la excepción de incompetencia de un árbitro—, como un acto definitivo y su procedencia del Juicio de Amparo directo? Estas interrogantes que les hago notar no se nos han presentado. Tendríamos que resolverlas cuando alguna de las partes —esperemos que no sea así—, lo presente ante los órganos de justicia.

En verdad son problemas que veo con relación al procedimiento arbitral.

Otra intervención expresa del juzgador es con relación a la asistencia en el desahogo de pruebas, así como en relación a los honorarios de los árbitros, donde puede intervenir en la vía jurisdiccional. El juez ordinario puede sustituir a las partes para fijar el monto de los honorarios del árbitro. No sé que haríamos aquí: en teoría dicen que los árbitros ganan enormes cantidades de dinero. Cuando se solucionan conflictos de esta naturaleza, con la plena participación del árbitro de la vía jurisdiccional en los ejemplos que les puse, podrían ser denominados como aquellos en que taxativamente el Código de Comercio señala la intervención jurisdiccional en ese procedimiento.

Sin embargo, también del propio capítulo Cuarto, se pueden desprender facultades implícitas del propio juez, es decir, facultades que, leyendo los artículos expresos del Código de Comercio, no se advierten a la remisión inmediata hacia el juez ordinario, sino que, de la lectura del precepto o de la concatenación de éste con otro, se puede llegar a la convicción de que debe, o existe la posibilidad de nombrar a un árbitro.

Son muchos los casos que podríamos citar con respecto a las facultades implícitas del juez ordinario en los procedimientos de carácter arbitral. Por ejemplo, el artículo 1426 del Código de Comercio expresamente dice que las partes libremente pueden determinar el número de árbitros, o bien, pueden dejar esa decisión a un tercero; además señala que cuando la decisión se puede dejar a un tercero, puede nacer la intervención de carácter jurisdiccional, es decir, hay libertad cuando el propio

Código de Comercio determina en sus artículos, que las partes libremente pueden decidir algo en ese momento.

Existe la libertad que da el Código cuando dice que se puede decidir libremente o dejar la decisión a un tercero. Este término, esta expresión de tercero, se está refiriendo a la factibilidad de que la decisión de las propias partes pueda recaer en el mismo órgano jurisdiccional. Puede ser que las partes decidan cómo tenemos la libertad de elegir un árbitro y no tengamos los conocimientos necesarios para hacerlo; tendremos entonces que encomendarle esa decisión a un tercero, y ese tercero puede ser algún juez de los que están aquí presentes en esta charla, es decir, algún juez del Distrito Federal o de los Estados. No sé si han visto de cerca estos puntos. Vengo del Distrito Federal y tengo el honor de contar con Magistrados de Aguascalientes y Zacatecas, no sé si alguno de ellos haya presenciado un caso de intervención en el procedimiento arbitral, pero nosotros no hemos tenido ninguno.

Nuestra intervención ha sido sólo en la ejecución de los laudos arbitrales, e incluso, rarísima la vez en la nulidad de ese procedimiento. *Grosso modo*: la intervención del órgano jurisdiccional en el procedimiento arbitral. Parece ser que estoy hablando de un proceso desconocido que los que impartimos justicia, nos guste o no, debemos tomar como una realidad jurídica. Está plasmado en la Ley, en el procedimiento el artículo 1424. Les venía diciendo, que tenemos que tomar partido en la intervención del juzgador.

En el particular, a las figuras que establece el Código de Comercio, se consagra un bonito problema que es necesario planteárselos para que ustedes, a la postre, puedan tomar una decisión. Si proponemos una reforma a este precepto legal, o verdaderamente de la interpretación del mismo, podemos concluir que el tema está redactado correctamente y, sobre todo, que no provoca ninguna inseguridad de carácter jurídico ese choque entre el procedimiento jurisdiccional y el procedimiento arbitral.

Como ya dije, el artículo 1424 del Código de Comercio señala expresamente, una importancia mayor del arbitraje sobre el procedimiento judicial. Dice textualmente: "El juez al que se somete un litigio sobre un asunto que sea objeto de un

acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento que lo soliciten cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo ineficaz o de ejecución imposible". Del texto literal de este precepto obtenemos la ineludible conclusión de entender en cualquier momento en que ella lo solicite.

Esta definición del propio precepto legal ha llevado a los tratadistas del Derecho Positivo a pretender encuadrar este problema en ámbitos de carácter procesal. Unos han dicho que el contenido de este precepto es un problema de competencia; otros dicen no es asunto de competencia, sino un presupuesto procesal, mientras que otros dicen que se trata de un elemento constitutivo de la acción.

Vamos a replantear la cuestión y ver en cual de estos tres supuestos podemos encuadrar la prominencia que le está dando el precepto legal al arbitraje: por encima del judicial, nos dice que cuando ustedes señores tengan en su juzgado un procedimiento judicial en el que exista un contrato, por ejemplo, que se traiga una cláusula arbitral cuando las partes en un propio contrato expresamente convienen, y digan que toda controversia que se suscite por el cumplimiento de este acto jurídico la someterán al arbitraje; además, en esa misma cláusula se determine la vía arbitral y las formalidades que debe revestir este procedimiento convencional. Si una de las partes, acude a la vía jurisdiccional, el juez permanece callado; el demandado, cuando contesta la demanda, tampoco hace valer la cláusula arbitral, el procedimiento se iniciará típica y ordinariamente.

Como todos sabemos en la fase probatoria se lleva a efecto el desahogo de pruebas. En citación para sentencia, si en ese momento a una de las partes se le ocurre hacer valer la cláusula arbitral que está contenida en el acto jurídico, la base de la acción la hace valer y en ese momento, en términos del artículo 1424 del Código de Comercio, se remite al arbitraje.

¿Desde qué ángulo debemos ver ese procedimiento? Algunos autores nos dicen que esto es un problema de competencia. Para determinar si es un problema de competencia primero tendríamos que definir qué es la competencia y cuál es la aptitud que tiene el órgano para hacer valer en un ámbito determinado la jurisdicción. Si analizamos el contenido de este precep-

to, advertiremos que el órgano jurisdiccional tiene o mantiene, con la existencia de la cláusula arbitral, su facultad de jurisdicción, sólo que en teoría la tiene suspendida por la existencia de un compromiso arbitral.

Otro problema más grave en nuestro Derecho Mexicano son los relativos a la competencia que se plantean esencialmente tanto en el Código Federal como Local, por dos procedimientos: la inhibitoria y la declinatoria. Ambos se promueven ante el juez competente o ante el juez incompetente. En este caso específico tendríamos que plantear la inhibitoria o la declinatoria ante el arbitro, entonces podría darse un conflicto que compete al arbitro y juez. La conclusión es ineludible. Es imposible que no tengamos un conflicto de esa naturaleza. Otro aspecto en cuanto de la competencia, se remite a el expediente y los autos del juez que se estima competente. Al ver el artículo 1424 del Código de Comercio, definitivamente concluimos que no es un problema de competencia el que aqueja a este precepto legal. Otros autores creen que no es un problema de competencia. Estamos de acuerdo. Sin embargo, es sí es problema de presupuesto procesal. Luego, decimos que los presupuestos procesales son aquellos actos que impiden que el procedimiento llegue a feliz término, ya sea por la existencia de algún acto defectuoso que impide el fin de la propia sentencia en pronunciamiento de la sentencia.

Aquí parece ser que encontramos, según Pallares, una posible solución a la redacción del 1424. Pallares dice que dentro de la teoría del Derecho Procesal hay presupuestos procesales de oficio y de instancia. Dentro de los primeros están la competencia y la capacidad. Los presupuestos procesales de instancia de parte pueden ser definidos como la litis pendencia, la conexidad de la causa o el compromiso de arbitral. Entonces, si lo semejamos a un presupuesto procesal a instancia de parte, parece ser que la redacción del 1424 toma forma en el Derecho Procesal Mexicano. Parece que algunos procesalistas lo definen de esa manera.

La siguiente duda sería sobre los presupuestos procesales a instancia de parte. Éstos se hacen valer justo en la contestación de la demanda. En la redacción del artículo 1424 esto nos lleva a la ineludible conclusión de que en cualquier fase del pro-

ceso puede hacerse valer. Estamos entonces en presencia de un presupuesto procesal que puede hacerse valer precisamente en cualquier etapa del procedimiento. Pallares nos dice que es un presupuesto procesal sin el cual el procedimiento puede continuar y puede llegar a un feliz término, como también es la conexidad o la litis pendencia. Si las partes no presentan o no hacen notar las mismas, el procedimiento tiene vida y puede continuarse al procedimiento de la sentencia.

No es un presupuesto que conlleve a que viva en la propia acción específicamente hablando, pero una conclusión ineludible entraña el que los presupuestos procesales de esta índole se realicen en la contestación de la demandada, mientras la redacción de este precepto la podemos hacer hasta antes del pronunciamiento de la sentencia. Entonces, ¿dónde estamos?

Las definiciones aun continúan. Entre los procesalistas, para unos es problema de competencia, para otros presupuesto procesal a instancia de parte. Yo estimo que el problema es más grave. Conforme a la redacción del 1424, ese término se da en cualquier momento, cuando alguno de los procesalistas lo diga, pero que no pase de la contestación de la demanda, pues si admitimos que es después, vienen las desigualdades de carácter procesal, y ahí es donde advierto lo grave de la redacción de este precepto legal.

¿Por qué, digo, lo grave de este precepto legal? Imaginémonos en un juicio mercantil ordinario —no un ejecutivo mercantil. No es el caso pero serviría como ejemplo— en el que el demandado va perdiendo el proceso, le “pegaron” en sus pruebas: le desecharon la testimonial, le desecharon la pericial, donde definitivamente él lleva derecho que todo le augura sentencia condenatoria y no sabe qué hacer. Antes del dictado de la sentencia saca la cláusula compromisoria y la hace valer en el juicio. En ese momento fenece el procedimiento jurisdiccional y pasa a ser arbitral.

Aquí se trata de hacer mover el aparato de justicia innecesariamente. Alguna vez comentando el tópico con algún amigo, me decía: “pero entiende que las partes están jugando un gran riesgo: el actor sabiendo que existe un compromiso arbitral decide de su propio motivo iniciar la vía jurisdiccional, el demandado, conociendo la existencia de la cláusula arbitral

en el propio contrato, tampoco la hace valer; en la demanda ambos postulantes, o ambas partes, empiezan a jugar en ese procedimiento judicial y ellos están conscientes, plenamente conscientes, de que hay una cláusula arbitral, pero nadie la hace valer. Ambos conllevan un riesgo: el que uno de ellos, en el momento que quiera lo puede hacer valer, y el otro soporta esa decisión, ya que ambas partes estaban jugando en ese proceso". Es decir, es un riesgo que conllevan las partes cuando existiendo la cláusula arbitral no se hace valer.

Pienso que eso no es una justificación de carácter legal para sostener la procedencia del arbitraje en cualquier etapa del juicio. Otros más me dijeron que tomara en cuenta que a veces el postulante o el propio actor, a su propia conveniencia, cuando advierte que va perdiendo en proceso, desiste del mismo, cuando todavía sabe que lo puede volver a iniciar sin que exista el principio de cosa juzgada, entonces juega con el procedimiento. Por ejemplo, en una acción reivindicatoria el que lo inicia pierde en el proceso, y antes de sentencia advierte que va perdiendo, en el juicio se desiste del juicio el actor y dentro de un año, cuando encuentra mayores elementos probatorios, vuelve a iniciar su juicio de reivindicación. Por lo anterior, en México se dan también los juegos de los procesos, según las partes los vayan determinando. Les estoy haciendo notar todos los inconvenientes y todos los pros que existen con relación a este precepto. Estimo que por seguridad jurídica, este precepto legal no debería estar redactado en los términos en que se encuentra en el Código de Comercio. Creo que efectivamente el manejo de la justicia no debe ser justificación para sostener precisamente una inseguridad jurídica. Al Estado le cuesta mucho mover un aparato de justicia en un procedimiento que se ve — en un momento dado—, perdido por una decisión de las partes al hacer valer una cláusula de carácter arbitral.

En mi opinión, creo que el precepto debiera reformarse para determinar no una importancia mayor del arbitraje sobre el procedimiento judicial, sino debería quedar redactado de manera tal que dijera que el juez, en el momento en el que advirtiera la existencia de una cláusula compromisoria, remitirá a las partes al arbitraje, salvo que exista como digo yo, una renuncia expresa o tácita a ese compromiso. Renuncia expresa es que se

pruebe con un documento, o con otro acto jurídico, que ambas partes renunciaron a la cláusula del contrato que contiene el compromiso arbitral tácitamente. Aquí se presenta discusión por el hecho de que el actor entable su demanda en la vía judicial y el demandado la conteste sin hacer valer la cláusula compromisoria, hecho lo cual, contestada la demanda en esos términos, ya no puede hacerse valer en forma posterior la existencia del compromiso arbitral. Acerca de esto opino de esta manera, porque me resulta ilógico darle a un quejoso o a un demandado doble posibilidad de defensa; es ilógico que yo sometido en la vía jurisdiccional cuando advierto que voy perdiendo un proceso, me voy al arbitral. Creo que es un estado de inseguridad que se crearía, precisamente, en los términos planteados. El mismo precepto legal nos da una excepción y nos dice: salvo que el juez advierta que la materia de la cláusula compromisoria no puede ser sujeta de arbitraje o va en contra del orden público; es decir, que el juez pueda analizar, que tenga la facultad de estudiar la cláusula y determinar si su materia es o no correcta, o afecta al orden público. Si esa cláusula afecta, niega la remisión del procedimiento. Evidentemente que estas decisiones si son impugnables en la vía jurisdiccional.

Otro problema que les quiero plantear es relativo al procedimiento de ejecución y de nulidad de los laudos. Esto también ha generado una gran discusión jurídica con relación a su homologación con las sentencias. Según algunos procesalistas que les he mencionado, que parece ser tienen un desdén definitivo hacia la justicia, y que la forma en que está redactado el artículo relativo del Código de Comercio, debe interpretarse que los laudos en materia comercial, no requieren en México el llamado principio homologatorio de los mismos.

Otra corriente sustentada en una tesis de la Corte, ha determinado que sí hay homologación, el problema reside en un término que emplea el Código de Comercio, un término que dice que el laudo, en el momento en que se presente, será reconocido por el juez y ejecutado, salvo que advierta que exista una causa de nulidad o de no ejecución del laudo respectivo. Dicen los que no admiten la homologación del laudo que ese término será reconocido trae *inhibitio*. El concepto homologatoria, la fuerza coercitiva de carácter moral que tienen los

laudos por estar basados, principalmente, en el principio de la buena fe y otros como el suscrito, consideramos como imposible quitar de la redacción del artículo antes mencionado el concepto de homologación al laudo arbitral.

Por homologación entendemos el acto por virtud del cual, el juez ordinario le da la legalidad al laudo arbitral, después de haber advertido y analizado si se siguieron las formalidades esenciales del compromiso arbitral. Es decir, el acto homologatorio de un juez consiste en la revisión de carácter procesal, ya que tiene que revisar todo el procedimiento arbitral con el fin de ver si no hay una cuestión de orden público, o si el árbitro siguió las formalidades esenciales del procedimiento y luego ordeno la ejecución.

¿Por qué enfatizo mucho estos dos puntos: el acto homologatorio y la ejecución? Porque de esto depende en la mayoría de los casos, el determinar la llamada procedencia del Juicio de Amparo uni instancial o bi-instancial.

Algunos, como Zamora Pierce y otros procesalistas que no admiten que el juez homologue el laudo, sólo hablan de la ejecución de la *exequatum* que debe llevar ese laudo, que es cuando el juez ordinario le da la fuerza coercitiva al laudo y dispone la ejecución del propio laudo.

No puede, a mi juicio, existir una ejecución de un laudo sin que exista homologación. La homologación es el reconocimiento, el acto por virtud del cual hace suyo el procedimiento arbitral, lo acoge y le da el carácter judicial a ese propio laudo, y una vez hecha esa homologación ordena su ejecución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación exponía una tesis que afirmaba que los laudos requieren homologación. Decía la corte expresamente en la compleja tesis número 21 del 93, que corresponde a la jurisprudencia 32, publicada en el último apéndice del semanario judicial, tomo 6, materia civil, "el laudo arbitral requiere homologación y en el propio auto se ordena la ejecución".

Dicha contradicción de tesis manifiesta que es procedente, en contra de la ejecución de un laudo, el Juicio de Amparo indirecto, porque dice que teniendo el acuerdo en el que se ordena la ejecución de un laudo de aspectos complejos, debe atenderse, es decir, al que ordena la ejecución del propio laudo,

y como tal debe considerarse como un acto después de concluido el juicio, y por tanto en contra del acto procede el Juicio de Amparo indirecto.

Disiento de esta tesis contradictoria. Mi opinión, sin embargo, es humilde en ese aspecto, pero considero que por orden cronológico existen primero el acto homologatorio. Si concluimos, quienes estén de acuerdo conmigo que todo laudo requiere por esencia homologación, necesariamente vamos a concluir en aquellas tesis añejas de la Corte que dijeron expresamente que la homologación consistía prácticamente en una sentencia que tenía que emitir el juez ordinario, quien haciendo valer o revisando el procedimiento, le daba validez a la resolución arbitral.

Hubieron otras tesis que dijeron que hay también homologación implícita. Esto es, no se requiere hacer un verdadero razonamiento para el efecto de determinar que hubo homologación si se concluye que existe cuando el juez ordena la ejecución sin hacer alusión a la homologación. Se entiende que implícitamente está homologando el laudo, y entendemos que el acto homologatorio del laudo es una verdadera decisión del órgano jurisdiccional una vez revisado todo el procedimiento.

Fijémonos: hacemos nuestro el juez ordinario, el cual hace suyo el procedimiento arbitral para convertirlo en una sentencia definitiva, e inmediatamente después, la considera como acto ejecutorio y ordena o dispone la ejecución correspondiente. Si lo analizamos desde este ángulo, el primer acto homologatorio viene a constituir a mi juicio, un acto de carácter definitivo y, consecuentemente, nace antes de la ejecución.

Si determinamos que es un acto complejo y que tiene varios aspectos, el primer acto es el homologatorio, el que le pone fin en teoría al procedimiento judicial aun cuando sólo es un acto que lleva a efecto el juez homologando el laudo, pero como es el responsable de todo el procedimiento correspondiente, podemos determinar que estamos en presencia de un acto de carácter definitivo, porque la ejecución del laudo se origina en el mismo auto, pero en forma posterior al acto homologatorio.

Otro tema consiste en la coexistencia de los procedimientos de no ejecución de un laudo y la nulidad en el procedimien-

to correspondiente. Otro punto álgido que quiero dejar para que piensen en él, consiste en la posibilidad de que el juez ordinario, mediante ese acto homologatorio, tenga la posibilidad de analizar el fondo del laudo emitido. Esta es una opinión que muchos no comparten y que consideran que es indebida porque existe un compromiso arbitral; un sometimiento expreso de las partes al arbitraje y como tal, esa decisión expresa ya no puede tener ningún acto de esa envergadura.

Pienso, sin comprometer ningún tipo de criterio, que por esencia, resulte lógico o no, no concibo el poder de ordenar la ejecución de un laudo advirtiendo como juzgador, por ejemplo, que hay en el propio laudo una valoración de pruebas nefasta. Al advertir el juez ordinario la existencia de una prueba testimonial perfectamente llevada ante el árbitro y cuando esté en el acto culminatorio de su procedimiento, debe llevar a efecto expresamente la valoración de esa prueba, entonces saca una pluma y de manera dogmática le niega la eficacia jurídica a ese medio de convicción en el propio laudo. El juez que va a ejecutarlo no puede decir que es indebido por una incorrecta valoración. La única valoración de pruebas, la única factibilidad que existe hasta ahora, es que revisemos nada más si el arbitro se ciñó al procedimiento convencional, procesalmente hablando, en qué fijaron las partes, si los términos que fijaron las partes fueron emplazadas y si hay capacidad de las partes. Hay un punto muy importante que el propio Código introduce, el que advierte al juez ordinario que la materia del laudo no va en contra de una disposición de orden público. Muchos han dicho que dentro de este concepto de orden público se debe de traer implícito el concepto del análisis de una cuestión de fondo, porque la materia en sí del conflicto arbitral, viene siendo en el fondo un no procedimiento. Les dejo esa inquietud sobre el análisis de la posible factibilidad de que cuando ustedes tengan en su mano un laudo y decidan homologarlo, no se "brinquen" directamente a la ejecución y puedan ustedes tener la posibilidad de estudiar el fondo del arbitraje.

Quienes me oyen hablar así y están en contra de este punto, pueden decirme que es incorrecto. Este comentario lo doy en función de que las partes así decidieron resolver sus conflictos; ellas convinieron cómo debe concluirse, aun con las

injusticias que existan en el fondo, ellas voluntariamente decidieron darle irrecurribilidad al laudo arbitral. Si contiene defectos de fondo, es su pecado. Así opinan. Y respeto ese tipo de opiniones. Me choca la factibilidad de disponer la ejecución de un laudo cuando puedo advertir que el propio árbitro en su decisión final, erró en el análisis de fondo de la contienda.

Por lo que toca a la ejecución de los laudos se presenta un problema muy importante: si analizamos el Código de Comercio advertiremos, curiosamente, que el propio Código consagra la posibilidad, de que el juez se niegue a ejecutar un laudo y le señala taxativamente cuáles son los casos en que puede decir si ejecuta el laudo, aun cuando no exista capacidad de las partes o no exista audiencia, etc. Así expresamente lo señala el artículo correspondiente, pero correlativamente, si analizamos el precepto legal que nos habla de la nulidad del laudo arbitral, vamos a advertir que en esencia se trata de las mismas causas que el propio Código señala para no ejecutar un laudo. Es decir, el juez puede tener facultad de no ejecutar un laudo por las mismas causas por las que otra parte pudiera pedirle un procedimiento anulatorio del laudo, la propia anulación del laudo y la no ejecución del mismo. El Código lo asume en las causas por las que se pueden pedir ambas figuras jurídicas: yo puedo pedir la nulidad de un laudo y puedo pedir la no ejecución de un laudo.

Por la misma causa el problema se finca en que si en México puede darse la convergencia de ambos procesos. Por ejemplo, yo podría, cuando tengo, previo compromiso arbitral, ya decidido el laudo, pedirle al juez que no ordene la ejecución. No se ordena la ejecución de este laudo porque no hubo audiencia de las partes. El juez determina que no puede negar, la ejecución de ese laudo, porque no es cierto que están correctamente emplazadas las partes. Tengo aun la factibilidad de revocar lo que dijo el otro, así que me voy con otro juez en la misma república y promuevo la nulidad del laudo, basada en la misma causa, porque el Código me da la posibilidad, pues señala las mismas causas para la no ejecución del laudo y las mismas para el procedimiento anulatorio del mismo. Entonces a otro juez le presento la solicitud anulatoria por la misma causa.

En el Derecho Mexicano existirá en ambos casos la preclusión procesal y podrá darse el principio de cosa juzgada

cuando el propio Código de Comercio consagra expresamente las mismas causas en la ejecución y en la nulidad ¿Cuál es la razón específica? Al vaciarse en el Código de Comercio la Ley Modelo, se prevén ambas circunstancias. La conclusión tiene que ser ineludible dado el principio de seguridad jurídica y el de cosa juzgada que prevalece en el Derecho Mexicano, consistente en, que si yo hice valer la no ejecución de un laudo por una causa específica, ya no puedo pedir por preclusión procesal la nulidad del laudo por la misma causa, porque implicaría darle por el mismo motivo dos oportunidades, aun cuando estemos en presencia de procedimientos diversos establecidos en el mismo Código. Esta factibilidad de poder ejecutar un laudo o negarme a ejecutarlo por una causa y promover la nulidad por el otro, se puede dar y se puede consagrar en el Código, cuando se trata de arbitrajes de carácter internacional, ya que ahí sí puede darse que, en el país en que está ubicado el establecimiento de una de las partes, se pueda promover la nulidad del laudo, y en el país donde se va a ejecutar el laudo o donde conforme a derecho tenga ejecución, pueda pedirse la no ejecución del mismo. En México es imposible la convergencia de ambos procedimientos por la misma causa.

Otro problema del Código de Comercio reside en el llamado procedimiento anulatorio de los laudos. Si analizamos expresamente el texto advertiremos que el propio se nos habla de un procedimiento de carácter incidental, y nos dice que para promover la nulidad de un juicio arbitral, nos debemos basarnos en los llamados incidentes innominados regulados por el artículo 358 y siguientes del Código Federal de Procedimiento Civiles, que como ustedes saben es un procedimiento muy corto que nos lleva a la resolución interlocutoria de un incidente dentro del juicio. Parece ser que el Código de Comercio al hacer mención expresa al Procedimiento incidental establecido en el numeral 358 del Código Federal de Procedimientos Civiles, estamos en presencia de un incidente y contra la decisión del juez ordinario, que decide la nulidad o reconoce el laudo o que determina que no es anulable. Aquí procede el Juicio de Amparo indirecto ¿Por qué? Porque es un incidente clasificado como innominado, según lo establece el artículo 358 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Si analizamos el concep-

to necesariamente tenemos que concluir que es algo que está vinculado a lo principal, algo incidental dentro de lo principal, y por eso aceptamos la procedencia del Juicio de Amparo indirecto. En cambio, si analizamos la esencia misma de este procedimiento, vamos a advertir que por naturaleza no se trata de un procedimiento incidental pues no hay un procedimiento principal, no hay un juicio en que pueda realmente nacer la incidencia del llamado incidente innominado.

Si analizamos la esencia de ese procedimiento vamos a ver que es un verdadero juicio, tal vez un juicio pequeño pero de todas maneras juicio, pues tiene una vida total y plenamente independiente. Es un incidente que tiene su fase probatoria conforme lo señala el Código Federal de Procedimientos Civiles, y tiene la decisión final mediante una resolución que en nuestro Código se conoce como interlocutoria. Estamos ante un mal manejo de términos en los propios Códigos, pero en realidad se trata de un juicio, un minijuicio, pero al fin y al cabo un juicio independiente, que no deriva de ningún procedimiento principal.

Consecuentemente, la conclusión ineludible debe ser que, con respecto de la resolución que resuelve el llamado incidente de nulidad del laudo arbitral, el precedente debe ser el juicio uni-instancial o Amparo Directo, por tratarse de un acto que pone fin a un juicio, sui generis, pero juicio al fin y al cabo.

Para concluir, viene un tema que es cuestionable, discutible un punto de vista, pero necesario, sobre el que hay varias opiniones: la llamada procedencia del Juicio de Amparo en contra de los procedimientos arbitrales. Si analizamos la procedencia del Juicio de Amparo en el artículo 11 de la Ley de Amparo, vamos a advertir que el juicio constitucional, por esencia, por naturaleza jurídica, por grandeza constitucional, sólo procede con respecto de actos de autoridad, principio fundamental desde su nacimiento con Cresencio Rejón.

En las aulas universitarias hemos estudiado nuestro glorioso Juicio de Amparo. Desde este ángulo hay jurisprudencia expresa de la Corte que determina que es improcedente el amparo contra actos de particulares. La propia Ley de Amparo ha determinado que debemos entender por autoridad —para efectos del juicio de garantías—, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto reclamado.

Posteriormente la Corte fue ampliando este concepto y determinó las llamadas autoridades de hecho, y ahora se admite la procedencia del Juicio de Amparo contra los laudos emitidos por la Profeco, contra las instituciones de fianzas y seguros. La Profeco por ejemplo, es un organismo institucional que fue creado constitucionalmente para dirimir una controversia y que precisamente por esa circunstancia, por el simple hecho de ser un órgano institucional, es factible de que los actos que emite en el arbitraje, sean susceptibles de análisis constitucional en la vía de Amparo Indirecto. Es vasta la jurisprudencia al respecto; ustedes la conocen. Se puede promover Juicio de Amparo en contra de las resoluciones dictadas por la Profeco como árbitro, no como Autoridad. No cuando impone sanciones. Eso ya estaba perfectamente determinado. El problema que se finca, visto de esta manera, es admitir la procedencia del Juicio de Amparo contra el arbitro privado.

Aquel sujeto que es nombrado por su honorabilidad, por su capacidad para dirimir una controversia, pero no es una institución, sino un particular que va a fungir como tal. Cuando hablamos en estos términos, se viene el escándalo de muchos procesalistas, quienes expresamente dicen que existe la imposibilidad de estimar que un árbitro pueda ser autoridad responsable.

Yo comparto la opinión, junto con algunos juristas, de que sí debe ser factible la interposición del Juicio de Amparo contra el árbitro privado, porque debemos dejar un poco atrás la idea primordial del *imperium*; no debemos determinar que para que sea susceptible la procedencia del amparo necesita haber un acto imperativo de alguien que tenga poder del Estado para ejecutar sus decisiones.

Debemos partir de la base de la propia función jurisdiccional. Es decir, debemos analizar la propia función que se desempeña tanto en el ámbito judicial como en el jurisdiccional. Si hacemos el símil, vamos a advertir que tanto la autoridad judicial como el árbitro desempeñan, por esencia y por disposición constitucional, una función netamente jurisdiccional, y que basta el desempeño de tal función para que la decisión de ese sujeto, que dirimió una contienda jurisdiccional careciendo de *imperium* para ejecutar su determinación, para que se le estime autoridad para la procedencia del amparo. Estoy consiente de

que hay un 85 % de abogados que estarían en contra de esta opinión. Ello es muy respetable. Pero parto de la base esencial de la función que desarrolla el arbitro, porque deriva de una disposición legal que le da competencia para dirimir los conflictos y determinar el conflicto arbitral.

Repito que son diversas las opiniones sobre el arbitraje, pero ojalá que de una u otra manera, esta charla les haya provocado inquietud para que en lo futuro, tal vez con más tiempo y mayores conocimientos, puedan desentrañar la génesis de esta institución arbitral, con el objeto de aportar ideas nuevas. Muchas gracias.